

PROCESSO - A. I. Nº 298576.0003/13-8
RECORRENTE - LÍVIA OLIVEIRA CARNEIRO CARDOSO (MERCANTIL CARNEIRO) - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0219-02/13
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 10/04/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0060-11/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração caracterizada. Em sede de Recurso, contribuinte apresenta comprovante e recolhimento de parte do tributo antes de iniciada a ação fiscal. Imputação parcialmente elidida. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO NA CONDIÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO. De acordo com o art.12-A, da Lei nº 7.014/96, independente do regime de apuração, o contribuinte tem o dever de efetuar a antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, no valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Infração parcialmente elidida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/03/2013 em razão de quatro irregularidades, sendo apenas as imputações 2 e 3 o objeto do Recurso:

INFRAÇÃO 2. Falta de recolhimento do ICMS no valor histórico de R\$7.719,66, devido por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97/BA, nos meses de fevereiro e agosto de 2010, julho e novembro de 2011, conforme demonstrativos às fls. 11 a 12.

INFRAÇÃO 3. Falta de recolhimento do ICMS no valor histórico de R\$65.935,17, devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, para comercialização, no período de janeiro a março, maio, julho a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, conforme demonstrativos às fls. 13 e 14.

O Fisco juntou documentos às fls. 06 a 258.

O autuado impugnou parte do lançamento de ofício às fls. 260 a 272 (volume II). Juntou documentos às fls. 274 a 430.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 434 a 437 contestando parte das razões defensivas e opinando pela procedência parcial do Auto de Infração, alterando o valor histórico total do débito de ICMS lançado de ofício de R\$100.651,88 para R\$99.817,47.

Quanto às infrações 2 (antecipação por substituição) e 3 (antecipação parcial), objeto do Recurso, reconheceu parte das alegações defensivas referentes à infração 3, porém aduzindo que parte do ICMS devido (Nota Fiscal nº 2662), lançado nesta imputação 3, não o era em razão de antecipação tributária parcial, e sim devido por antecipação tributária por substituição, pelo que retificou os demonstrativos das duas imputações, resultando majoração do débito da infração 2 de R\$7.719,66 (fls. 11 e 12) para R\$8.764,59 (fls. 441 e 443) e redução do débito da infração 3 de R\$65.935,17 (fls. 13 e 14) para R\$64.055,83 (fls. 440 e 442).

Intimado, o contribuinte pronunciou-se às fls. 447 e 448 reiterando parte das alegações anteriores. Juntou cópias de DAEs referentes à parcela do débito reconhecido da autuação às fls. 449 e 451, com respectivas cópias de comprovantes de recolhimento bancário.

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0219-02/13, às fls. 460 a 468 (volume II). Em seu voto, quanto às infrações 2 e 3, objeto do Recurso Voluntário, assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Quanto aos aspectos formais do presente lançamento tributário, depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pelo autuante com base nos documentos fiscais do contribuinte autuado, tendo o mesmo exercido com plenitude a ampla defesa e contraditório como veremos a seguir.

(...)

Examinando o mérito das questões discutidas neste processo, levando em conta os fatos, as provas e o direito aplicável, é possível concluir o que segue.

(...)

Com relação à infração 02, a acusação fiscal diz respeito a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97.

Com base na imputação acima, foi atribuído ao autuado a condição de sujeito passivo por substituição tributária, com fulcro art. 371 combinado com o artigo 125, II, “b”, do RICMS/BA relativa às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, ou seja, considerando que os produtos relacionados na planilha às fls. 11 a 12 (BISCOITO, DETERGENTE, PARATUDO, CREME DENTAL), alvo da presente imputação, encontram-se enquadrados no regime de substituição tributária interna. Esse fato está evidenciado no levantamento fiscal, no qual o autuante aplicou o MVA para apurar a base de cálculo da substituição tributária e apurar o imposto devido.

De acordo com o levantamento fiscal às fls. 11 e 12, as notas fiscais que serviram de base a apuração do débito foram as seguintes: NF 1.930 (R\$1.131,71); NF 370777 (R\$4.205,84); NF 370778 (R\$608,07); 27009 (R\$1.299,81) e NF 33688 (R\$474,25), sendo que o autuado em sua defesa reconheceu o débito nos valores de R\$1.131,71 e R\$474,25, totalizando R\$1.575,93, referente às notas fiscais nº 1930 e 33688.

Quanto às notas fiscais nºs 370777 e 370778 da empresa Química Amparo Ltda., o sujeito passivo sustenta que os débitos nos valores de R\$4.205,84 e R\$608,07, foram quitados conforme destaque na própria nota fiscal no valor de R\$3.996,55 e R\$577,81, ambos referentes à substituição tributária.

A questão deve ser dirimida levando em conta o que determina a legislação tributária no caso de aquisição de mercadorias de estados signatários de acordo interestaduais. O § 5º do artigo 8º, da Lei nº 7.014/96, dispõe que “a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade solidária do contribuinte substituído nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais junto a contribuinte substituto, por força de convênio ou protocolo, que não possua inscrição ativa neste Estado”, hipótese em que cabe ao adquirente exigir do remetente a comprovação do recolhimento do imposto.

No caso, os remetentes não possuem inscrição estadual neste Estado, e o autuado não comprovou, apesar de intimado, fls. 437 e 438, mediante as respectivas GNREs o recolhimento do imposto destacado nos documentos fiscais constantes às fls. 50, 64, 65 e 423. Portanto, em relação às estas notas fiscais, ficam mantidos os débitos acima indicados que foram lançados no Auto de Infração.

Por último, no que tange ao débito relativo à Nota Fiscal nº 27009 da empresa Paratudo Ind. e Com. Imp. e Exp. Ltda., para a qual foi lançado o débito no valor de R\$1.299,81, o autuado argumenta que o produto Paratudo não entra no rol da substituição tributária, conforme cópia do Parecer fiscal anexado à fl.317, tendo alegado que efetuou recolhimento da antecipação parcial.

Analizando a nota fiscal constante à fl.423, constato que realmente nela consta o produto “Paratudo “C” R.Amar G 12x900ml, NCM 220600900. Quanto ao Parecer apresentado pelo autuado datado de 14/01/2005, comungo com o autuante de que na data da emissão da nota fiscal, 12/07/2011, tal produto fazia parte da Substituição, conforme artigo 353 do RICMS/97.

Concluo pela procedência deste item.

No que concerne à infração 03, a exigência fiscal se refere a falta de recolhimento do ICMS – antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização.

Observo que de todas as notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal às fls. 13 e 14, o autuado foi pontual apenas em relação às notas fiscais nº 26079, 2662 e 19994, se insurgindo quanto às demais notas fiscais com base no argumento de que não incide o diferencial de alíquotas por serem originárias dos Estados de GO, PB, SE, ES e RJ, por possuir o benefício de atacadista, é reduzida a alíquota de 17% para 10%, onde nas aquisições de mercadorias nos referidos do Estado do Goiás, o ICMS a recuperar é 12%, e por isso, não incide diferencial de alíquotas.

Com relação a esta alegação, ao restar caracterizadas as infrações constantes no Auto de Infração, houve infringência por parte do autuado ao disposto no parágrafo único do art. 7º - B, Inciso V e VI, do Dec. nº 7.799/00, o que lhe impede, neste caso, de usufruir desse benefício fiscal em relação às notas fiscais originárias dos estados citados pelo autuado.

Passo agora, a analisar as aquisições efetuadas através das notas fiscais acima mencionadas. No caso da mercadoria oriunda do Estado de PE através da NF nº 26079, 08/02/2010, da empresa Bunge alimentos S.A., conforme reconheceu o autuante, realmente o produto Margarina tem redução de alíquota de 17% para 7%, conforme previsto no artigo 268, inciso XXVII, do RICMS/97, não sendo devida a exigência fiscal no valor de R\$985,50.

No tocante ao produto Rodo Mad. adquirido da empresa Rodofort Ind. Com Ltda, NF nº 2662, o autuante também reconheceu a alegação defensiva de que não é devida a antecipação parcial, e sim a substituição tributária, conforme determina relacionado no Anexo 88 do RICMS/97, porém aduz que o débito relativo a este documento fiscal deve ser inserido na planilha da substituição tributária neste processo. Não concordo com o entendimento do autuante de que esta nota fiscal deve ser incluída na exigência fiscal referente à substituição tributária, devendo tal débito ser exigido através de outra ação fiscal, caso não seja comprovado o pagamento do débito da ST destacado na referida nota fiscal. Assim, deve ser excluído o débito no valor de R\$893,84 do mês março de 2010. Ressalto que o valor apontado pelo autuante de R\$1.242,09 corresponde ao total do mês e não o valor da nota fiscal em questão.

Quanto ao produto ao produto Bala Mastigável, adquirida da empresa Produtos Erlan S.A, NF 19994, fl. 424, de 13/07/2011, débito no valor de R\$ 1.363,15, o autuado alegou mas não comprovou ter recolhido o imposto, e por isso, deve ser mantido no levantamento fiscal.

Sobre a alegação de que o produto Vassoura, adquirido da empresa 3M do Brasil Ltda, NF 12359, aduz que não é devida a antecipação parcial no valor de R\$2.003,95, deve ser mantida exigência fiscal, pois não consta no Anexo 88 do RICMS/97, que o referido produto está sujeito a substituição tributária.

Ante o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração, no valor de R\$71.929,09, conforme demonstrativo de débito abaixo:

INFRAÇÕES	VL.INICIAIS	VL.JULGADOS
1	26.843,45	-
2	7.719,66	7.719,66
3	65.935,17	64.055,83
4	153,60	153,60
TOTAIS	100.651,88	71.929,09

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/1/2010	9/2/2009	9.427,88	17	60	1.602,74	3
28/2/2010	9/11/2009	30.262,29	17	60	5.144,59	3
31/3/2010	9/1/2010	2.048,53	17	60	348,25	3
31/5/2010	9/4/2008	6.638,24	17	60	1.128,50	3
31/7/2010	9/6/2008	28.752,06	17	60	4.887,85	3
31/8/2010	9/7/2008	12.650,35	17	60	2.150,56	3
30/9/2010	9/8/2008	18.890,59	17	60	3.211,40	3
31/10/2010	9/9/2008	17.113,53	17	60	2.909,30	3

30/11/2010	9/10/2008	6.160,88	17	60	1.047,35	3
31/12/2010	9/11/2008	14.035,94	17	60	2.386,11	3
31/1/2011	9/12/2008	16.368,71	17	60	2.782,68	3
28/2/2011	9/1/2009	11.226,29	17	60	1.908,47	3
31/3/2011	9/2/2009	12.551,47	17	60	2.133,75	3
30/4/2011	9/3/2009	4.952,12	17	60	841,86	3
31/5/2011	9/4/2009	18.729,59	17	60	3.184,03	3
30/6/2011	9/5/2009	13.999,71	17	60	2.379,95	3
31/7/2011	9/7/2009	50.257,35	17	60	8.543,75	3
31/8/2011	9/8/2009	17.145,88	17	60	2.914,80	3
30/9/2011	9/11/2009	20.380,29	17	60	3.464,65	3
31/10/2011	9/12/2009	29.803,82	17	60	5.066,65	3
30/11/2011	9/1/2010	10.920,29	17	60	1.856,45	3
31/12/2011	9/2/2008	24.483,18	17	60	4.162,14	3
TOTAL					64.055,83	

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 477 a 481, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária quanto às imputações 2 e 3.

Em relação à imputação 02 [ICMS devido por substituição tributária, demonstrativos fiscais às fls. 11 e 12, e às fls. 441 e 443], aduz que a princípio não anexara cópia da GNRES, pelo fato de estas não estarem apensadas às notas fiscais, mas as teria encontrado os seus arquivos e teria anexado cópias dessas GNRES a seu Recurso Voluntário.

Que as GNRES nos valores [de ICMS] de R\$577,81 [fl. 498, Nota Fiscal nº 370778] e de R\$3.996,55 [fl. 499, Nota Fiscal nº 370777] referem-se a Notas Fiscais da empresa “Química Amparo Ltda.”.

Ainda com referência à Infração 2 quanto ao valor de R\$1.131,71 [Nota Fiscal nº 1930], e ao valor de R\$474,24 [Nota Fiscal nº 33688], ambos totalizando R\$1.605,95 ele, contribuinte, já recolhera este valor conforme DAE anexado [fls. 496 e 497, data de recolhimento de 08/05/2013].

Que com referência ao “produto Paratudo” [Nota Fiscal nº 27009, fl. 502, demonstrativos fiscais fls. 12 e 443], ICMS no valor de R\$1.299,81, teria recolhido o débito lançado conforme cópia do DAE que aduz teria anexado ao Recurso Voluntário [fl. 500, Relatório mensal referente a julho/2011, emitido por empresa de informática, denominado “Demonstrativo de antecipação parcial de ICMS”, listando operações com nove empresas, valor total de ICMS a recolher de R\$2.321,43; fl. 501, comprovante de recolhimento de ICMS devido por antecipação parcial no mesmo valor de ICMS de R\$2.321,43, na data de 25/08/2011]. Aduz o recorrente que para a Infração 2 não existiria valor a recolher.

Quanto à Infração 3, ICMS devido por antecipação parcial [demonstrativos fiscais às fls. 13 e 14, e às fls. 440 e 442], o Fisco não teria observado os recolhimentos feitos. Que com referência ao produto “Bala Mastigável”, adquirido da empresa Produtos Erlan S.A. [Nota Fiscal nº 19994, demonstrativo fiscal de fl. 14], o imposto teria sido pago conforme cópia do DAE que aduz anexar.

Que o Fisco não saberia, a princípio, mas que ele, recorrente, tem o benefício de Atacadista. Que teriam sido incluídas, no levantamento realizado, operações com mercadorias fora do regime de antecipação parcial, mercadorias que, aduz o recorrente, nos termos do RICMS/BA teriam “benefícios de redução”.

Que o Fisco teria feito a suspensão retroativa do seu benefício, aduzindo o autuante ele, contribuinte, infringiu o Termo de Acordo de Atacadista

O recorrente reproduz as Cláusulas Primeira a Terceira de Termo de Acordo de Atacadista.

O contribuinte aduz que *“O termo aqui é bem claro em suas clausulas, não deixando dúvidas quanto a suspensão do mesmo. O ACORDANTE faz juz deste beneficio desde 10/11/2006, conforme Parecer de DEFERIMENTO em anexo, sempre cumpriu com suas obrigações, e na clausula terceira do Acordo é bem claro quanto a perda do direito aos benefícios do Termo do acordo, se não vejamos: a ACORDANTE perderá direito aos benefícios aqui tratado se o pagamento do imposto não ocorrer no prazo de 10 (dez) dias, contados da data da ciência do julgamento definitivo do respectivo processo na instancia administrativa.”*

Afirma que o Fisco não poderia fazer a suspensão retroativa do benefício concedido pelo Termo, entendendo ser possibilitada a cobrança da “Antecipação Tributária” sem as devidas reduções da base de cálculo prevista no Termo de Acordo.

O recorrente diz que para a Infração 3 não existiria valor a recolher.

Concluiu pedindo que este CONSEF acate o seu pedido, e alternativamente seja declarada a improcedência da autuação.

Acostou documentos às fls. 482 a 504.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, emitiu Despacho à fl. 508 aduzindo que fora dada oportunidade ao contribuinte, em primeira instância, para comprovar o recolhimento, via GNRE, do tributo exigido relativo a antecipação tributária [por substituição, Infração 2], não tendo sido apresentados os documentos solicitados. Que a não apresentação de tais provas teria sido o principal motivo da manutenção, pela Junta de Julgamento Fiscal, da acusação.

Que assim, considerando que o Recorrente alegava trazer, em sede de Recurso Voluntário, “tais provas”, às fls. 498 a 501, então ela, Procuradora, entendia que os autos deveriam seguir ao fiscal autuante para que sobre estes documentos se manifestasse, devendo o processo, após as providências de praxe, retornar para a emissão de Parecer conclusivo.

Às fls. 510 e 511, os autos foram submetidos por esta Relatora a análise em pauta suplementar pela 1ª CJF, na qual foi verificado que tratava-se de apreciação de mérito quanto a acolhimento das provas acostadas para efeito de manutenção, ou reforma, da Decisão de base, inclusive considerando que parte dos documentos trazidos em sede de Recurso já havia sido apreciado no julgamento da JJF, visto que também já juntados pelo contribuinte antes do julgamento de primeira instância; e parte dos documentos acostados em sede de Recurso Voluntário referia-se a pagamentos realizados após a lavratura do Auto de Infração; especificamente quanto às duas cópias de GNRES (fls. 498 e 499), citadas pela ilustre Procuradora, estas referem-se a documentos constantes do demonstrativo fiscal de fl. 11 dos autos, relativo à imputação 2, conforme explicitado à fl. 511.

Considerando que em relação à imputação 02 tratava-se de apreciação de mérito, mormente quanto a cálculo do montante que deveria ter sido recolhido via GNRES pelo contribuinte antes da ação fiscal empreendida, esta 1ª CJF, por medida de economia processual, entendendo que mostrava-se desnecessária nova avaliação, pelo Fisco, da documentação apresentada em sede de Recurso Voluntário, deliberou no sentido do não acolhimento da proposta de realização de diligência fiscal, encaminhando o PAF à PGE/PROFIS solicitando a emissão de Parecer conclusivo.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, emitiu Parecer às fls. 514 e 515 aduzindo que para a Infração 3 o argumento recursal é o de que o contribuinte goza de benefício fiscal de redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7799/00. Que conforme já esclarecido na autuação, informação fiscal e julgamento de primeira instância, o contribuinte infringiu as regras contidas no citado Decreto e, por essa razão, não faz jus ao benefício da redução da base de cálculo. A Procuradora reproduz o caput, parágrafo único e incisos V e VI do artigo 7º do Decreto nº 7799/00, à fl. 515.

Prossegue expondo que em relação à Infração 3 ela, Procuradora vê que as guias de recolhimento de ICMS anexadas ao Recurso devem ser analisadas, e caso comprovem o pagamento, anterior à autuação, dos valores ora exigidos, devem ser acolhidas para afastar o *quantum* exigido. Que caso os documentos comprovem o recolhimento posterior à autuação, devem ser utilizados tão somente para homologação dos valores pagos, mantendo-se a exigência fiscal.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às infrações 2 e 3.

No mérito, em parte merece reparo a Decisão recorrida, face à nova documentação apresentada já em sede de Recurso Voluntário, que analisarei neste voto.

Preliminarmente, quanto à alegação recursal no sentido de que ele, contribuinte, por possuir Termo de Acordo baseado no Decreto nº 7799/00, faria jus à redução da base de cálculo, e que o Fisco não poderia ter feito suspensão retroativa do seu benefício, observo que o Fisco, na ação fiscal em foco, não excluiu o direito ao benefício, pelo contribuinte.

A rigor, cumpre observar que o contribuinte apensou à fl. 429 dos autos deste processo cópia do Parecer DITRI/SEFAZ referente ao processo 17127720060, exarado em 10/11/2006, favorável à assinatura de Termo de Acordo para que fruisse do benefício fiscal previsto no Decreto nº 7799/00, mas não acosta aos autos este Termo de Acordo assinado. Às fls. 503 e 504 o contribuinte colaciona cópia de formulário de Termo de Acordo sem indicação de quaisquer dados de empresa, e sem assinatura, constando apenas, como nota de rodapé: “PRS-FAP-DAT-1099 (25.06.2013) – TERMO DE ACORDO – Decreto 7.799/00 – 1/2 – 2/2”.

Ou seja, o mencionado Termo de Acordo não se materializa nos autos.

Porém, diante da informação do contribuinte acerca de exclusão indevida do benefício fiscal, por dever de ofício realizei pesquisa a respeito da situação cadastral do contribuinte no sistema informatizado de Infrações do Contribuinte – INC/SEFAZ, nesta data, quando constato a existência da informação de que o recorrente é beneficiário do Termo de Acordo de Atacadista previsto no Decreto nº 7799/00, o que comprova que o Fisco, na ação fiscal objeto do litígio, não excluiu, seja retroativamente ou não, o contribuinte do rol dos beneficiários.

Também cumpre observar que, considerando a existência deste Termo de Acordo à época dos fatos geradores objeto da exação, o que determinou a perda temporária e pontual, pelo contribuinte, do direito de recolher o imposto calculado sobre base de cálculo reduzida, nas operações que então praticou, foi o previsto no parágrafo único da Cláusula Primeira, e no inciso III da Cláusula Segunda do Termo de Acordo que o próprio contribuinte transcreve no texto do seu apelo recursal, explicitamente às fls. 479 e 480, trecho que para maior clareza reproduzo a seguir, preservando os negritos apostos pelo autuado no texto:

“Cláusula primeira- Fica a ACORDANTE habilitada como benefício do tratamento tributário previsto no art. Do Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2000.

Parágrafo único. A fruição do benefício de que trata este Termo de Acordo dependerá de que a ACORDANTE atenda a todas as condições prevista no referido Decreto.

Cláusula Segunda – O tratamento tributário de que trata este Termo de Acordo não se aplica ao contribuinte que encontre em qualquer das seguintes situações:

I - Esteja irregular ou tenha sócio que participe de empresa irregular perante o cadastro de Contribuinte do ICMS/BA;

II - Possua débito inscrito na Dívida Ativa Estadual ou que tenha sócio que seja participante de empresa com débito inscrito na Dívida Ativa Estadual;

III - Esteja irregular com suas obrigações tributárias principais e acessórias, incluindo a entrega dos arquivos eletrônicos exigidos na legislação relativos às operações de entradas e saídas de mercadorias e das aquisições e prestação de serviços;

IV - esteja inadimplente com parcelamento de débitos fiscais;

V - comercialize mercadorias adquiridas de contribuinte varejista, exceto em se tratando de hipermercado ou supermercado.

CLAUSULA TERCEIRA – Constatada a ocorrência de infração decorrente de ato praticado pela ACORDANTE após a data de vigência do presente Termo de Acordo e que resulte na falta de Pagamento do ICMS, a ACORDANTE perderá direito aos benefícios aqui tratado se o pagamento do imposto não ocorrer no prazo de 10 (dez) dias, contados da data da ciência do julgamento definitivo do respectivo processo na instância administrativa.”

Ou seja, uma vez que o sujeito passivo não cumpriu integralmente as suas obrigações tributárias principal e acessórias no período compreendido entre janeiro/2010 e dezembro/2011, o contribuinte estava enquadrado na situação prevista na hipótese normativa que é o inciso III da

Cláusula Segunda que este mesmo contribuinte transcreve nos autos. Esta Cláusula Segunda, por sua vez, tem base no artigo 7º-B, parágrafo único, incisos V e VI, do Decreto nº 7799/00, na numeração de parágrafo da redação vigente até 21/12/2012, portanto atingindo o período de ocorrência dos fatos geradores da autuação.

Assinalo, por oportuno, que consentaneamente com o afirmado pela autuante em sua informação fiscal à fl. 437 dos autos, no sentido da reincidência do contribuinte no quanto pertinente ao descumprimento de suas obrigações tributárias, de fato no sistema informatizado INC/SEFAZ existem dois processos administrativos fiscais, oriundos de Autos de Infração relativos aos exercícios de 2004 a 2009, julgados parcialmente procedentes na segunda instância deste Conselho, portanto o contribuinte, ainda que beneficiário do Termo de Acordo de Atacadista, em determinados momentos descumpriu as suas obrigações tributárias principal e acessórias, sem que tal procedimento tenha implicado a perda permanente de uso do seu benefício fiscal.

Não se trata, portanto, de perda do benefício concernente ao Termo de Acordo, conforme previsto na Cláusula Terceira, mas de não se aplicar o tratamento tributário de redução da base de cálculo nas operações alvo da exação, pelo que coaduno-me como Parecer PGE/Profis exarado às fls. 514 e 515, neste mesmo sentido de não-aplicação do benefício. De fato, tal como dito pelo recorrente, a perda do benefício só poderia, ou poderá, ocorrer, após decorrido o prazo de dez dias a contar da data da ciência do julgamento definitivo do respectivo processo na instância administrativa.

Por conseguinte, os cálculos alvo da exação foram realizados corretamente sem a adoção da base de cálculo reduzida.

Passo a analisar as alegações objetivas do contribuinte acerca dos documentos alvo das imputações 2 e 3.

A imputação 2 trata de falta de recolhimento do ICMS no valor histórico de R\$7.719,66, devido por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97/BA, nos meses de fevereiro e agosto de 2010, julho e novembro de 2011.

O contribuinte não nega a sua condição de substituto tributário nas operações alvo da exação.

Originalmente, para a Infração 2 o Fisco elaborara os demonstrativos às fls. 11 a 12, citando as Notas Fiscais nºs 1930, 370777, 370778, 27009 e 33688.

A inclusão da Nota Fiscal nº 2662 no novo demonstrativo de fl. 441, elaborado quando da prestação da informação fiscal, nota fiscal esta que não integrava o demonstrativo original, não encontra amparo na legislação, porque a operação não integra o lançamento de ofício originário, pelo que corretamente esta inclusão indevida, com conseqüente majoração do débito da infração 2, não foi aceita pela JJF.

O débito lançado referente às operações com as Notas Fiscais nºs 1930 e 33688 foi reconhecido pelo contribuinte, conforme consta do Relatório que antecede este voto, e consoantes documentos de fls. 497 e 497, não sendo tais operações objeto do Recurso em análise.

Quanto à Nota Fiscal nº 27009, cuja cópia foi acostada pelo sujeito passivo à fl. 502, esta foi emitida em 12/07/2011 pela empresa Paratudo Indústria Comércio Importação e Exportação Ltda., localizada em Minas Gerais, descrevendo a mercadoria “Paratudo “C” R. AMAR G 12X 900ML”, sob código NCM 22060090, referindo-se a duzentas caixas com valor unitário de R\$43,04, valor total dos produtos R\$8.608,00, que é também a base de cálculo do ICMS calculado à alíquota de 7% destacado no documento fiscal no valor de R\$602,56.

No documento não há menção a tratar-se de produto sob regime de substituição tributária.

O contribuinte alega que o produto adquirido não estaria no regime de substituição tributária, e que teria recolhido o imposto como se devido por antecipação tributária parcial, conforme documento que anexa ao Recurso Voluntário às fls. 500 a 502, e que consistem, à fl. 500, em Relatório mensal referente a julho/2011, emitido por empresa de informática, denominado

“*Demonstrativo de antecipação parcial de ICMS*”, listando operações com nove empresas, valor total de ICMS a recolher de R\$2.321,43, nesta listagem constando operação com a empresa Paratudo com a base de cálculo de R\$8.608,00, valor idêntico ao da Nota Fiscal nº 27009, ICMS no valor de R\$258,24; à fl. 501, comprovante de recolhimento, na data de 25/08/2011, de ICMS devido por antecipação parcial no mesmo valor total da listagem de fl. 500, ou seja, ICMS no valor total mensal de R\$2.321,43.

Assim, com tais documentos o contribuinte comprova o recolhimento de imposto devido por antecipação parcial no montante de R\$258,24. Se o imposto fosse devido por antecipação parcial, na operação em foco, tratando-se de base de cálculo de R\$8.608,00, com crédito destacado na nota Fiscal no valor de R\$602,56, ainda assim o contribuinte teria recolhido o imposto a menor.

A operação interestadual objeto da Nota Fiscal nº 27009 deu-se em 12/07/2011. A mercadoria está descrita, neste documentos fiscal, como “*Paratudo “C” R. AMAR G 12X 900ML*”, sob código NCM 22060090 – outras bebidas fermentadas e misturas de bebidas fermentadas.

Na data de 12/07/2011, previa o RICMS/BA/97:

RICMS/BA/97:

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

(...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

(...)

2 - bebidas, a saber:

*2.4 - **outras bebidas fermentadas** (sidra, perada, hidromel, por exemplo); **misturas de bebidas fermentadas** e misturas de bebidas fermentadas com bebidas não alcoólicas, não especificadas nem compreendidas em outras posições – NCM 2206.00;
(destaques nossos)*

Por conseguinte, conforme o código NCM utilizado pelo fabricante do produto, constante na Nota Fiscal nº 27009, trata-se de produto então incluído no regime de substituição tributária, contrariamente ao alegado pelo sujeito passivo.

O contribuinte, a rigor, não nega textualmente a ausência de pagamento do ICMS devido por substituição, em relação a este produto, apenas diz que teria promovido o pagamento do imposto, mas não o fez, pois o que comprova é que teria pago o imposto como se devido por antecipação parcial, o que não tem base legal. Laborou corretamente a JJF ao manter a cobrança relativa a esta Nota Fiscal nº 27009.

Porém quanto à Notas Fiscais nºs 370777 e 370778, emitidas em 17/08/2010, constantes dos demonstrativos fiscais de fls. 11 e 441, conforme confessa o contribuinte, embora não tenha atendido qualquer das intimações fiscais para apresentar estas GNREs durante o curso da ação fiscal, ou mesmo em sede de impugnação, mas já agora, em grau de Recurso, o sujeito passivo acosta aos autos deste processo, à fl. 498 a GNRE relativa à Nota Fiscal nº 370778 constando o pagamento do ICMS no valor de R\$3.996,55; e à fl. 499 a GNRE relativa à Nota Fiscal nº 370777, constando o pagamento do ICMS no valor de R\$577,81, ambos os recolhimentos realizados na data de 18/08/2010 e em favor da Bahia, portanto antes da ação fiscal, e dentro do mês em que realizada a operação de aquisição pelo autuado.

O produto em ambas as Notas Fiscais nºs 370777 e 370778 é detergente líquido, NCM 3402.20.00. A Margem de Valor Adicionado – MVA prevista para este produto, à época das aquisições, nas operações oriundas de São Paulo e destinadas à Bahia, é de 32,17%, conforme redação em vigor, no exercício de 2010, do item 39 do Anexo 88 do RICMS/BA/97 c/c Anexo único do Protocolo ICMS 106/2009, estando determinado neste item 39 do Anexo 88 ao RICMS/BA/97, que a MVA para as operações internas corresponderia à MVA original indicada no Anexo Único do Protocolo ICMS

106/2009.

Neste Anexo Único do Protocolo ICMS 106/2009 consta a MVA de 32.17% para produto de limpeza em tais operações.

Assim, a GNRE de fl. 498 refere-se à Nota Fiscal nº 370778 (fl. 65), e o “Valor Principal” constante nesta GNRE como recolhido pelo contribuinte, de R\$577,81, é o mesmo valor destacado na supracitada Nota Fiscal nº 370778, campo “valor do ICMS substituição”; às fls. 11 e 441 o Fisco apurou o valor de ICMS devido por substituição, para esta operação, no montante de R\$608,07.

O valor total do produto, constante da Nota Fiscal nº 370778, é R\$3.482,40, mesmo valor constante dos demonstrativos fiscais. A base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, discriminado na Nota Fiscal nº 370778, é de R\$4.832,82, e o Fisco, aplicando a MVA de 43,89%, encontra a base de cálculo do ICMS ST de R\$5.010,83 e apura imposto devido no valor de R\$608,07.

Porém o percentual de MVA utilizado pelo contribuinte para determinar a base de cálculo do ICMS devido por substituição ao Estado da Bahia, e calcular o imposto que foi tempestivamente recolhido, estava correta, pelo que indevida a cobrança fiscal realizada para esta operação.

A GNRE de fl. 499 refere-se à Nota Fiscal nº 370777 (fl. 64), e o “Valor Principal” constante nesta GNRE como recolhido pelo contribuinte, de R\$3.996,55, é o mesmo valor destacado nesta mencionada Nota Fiscal nº 370777, campo “valor do ICMS substituição”; à fl. 11 e 441 o Fisco apurou o valor de ICMS devido por substituição, para esta operação, no montante de R\$4.205,84.

O valor total do produto, constante da Nota Fiscal nº 370777, é R\$24.08660, mesmo valor constante dos demonstrativos fiscais. A base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, discriminado na Nota Fiscal nº 370777, é de R\$33.427,04, e o Fisco, aplicando a MVA de 43,89%, encontra a base de cálculo do ICMS ST de R\$34.658,21 e apura imposto devido no valor de R\$4.205,84.

Porém a mesma situação ocorrida com a Nota Fiscal nº 370778 repete-se em relação à operação com a Nota Fiscal nº 370777, estando correto o percentual de MVA utilizado pelo contribuinte para determinar a base de cálculo do ICMS devido por substituição ao Estado da Bahia, e calcular o imposto que foi tempestivamente recolhido, pelo que igualmente indevida a cobrança fiscal realizada para esta operação.

Por conseguinte, voto pela modificação da Decisão recorrida, em função dos novos documentos apresentados em sede de Recurso Voluntário, para que a Infração 2 seja julgada parcialmente procedente, mas no valor total de R\$2.905,76, devendo ser excluído do demonstrativo de débito do Auto de Infração o valor histórico de ICMS de R\$4.813,90, referente ao mês de agosto/2010, e mantidos os demais.

Quanto à Infração 3, esta cuida de falta de recolhimento do ICMS no valor histórico de R\$65.935,17, devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, para comercialização, no período de janeiro a março, maio, julho a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, conforme demonstrativos às fls. 13 e 14.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 434 a 437 reconhecendo parte das alegações defensivas, aduzindo que parte do ICMS devido (Nota Fiscal nº 2662), lançado nesta imputação 3, não o era em razão de antecipação tributária parcial, e sim devido por antecipação tributária por substituição, reduzindo o débito da infração 3 de R\$65.935,17 (fls. 13 e 14) para R\$64.055,83 (fls. 440 e 442).

O único item da imputação que o contribuinte aponta objetivamente em sede de Recurso Voluntário refere-se ao produto “bala Mastigável”, da empresa Produtos Erlan, em relação ao qual afirma ter realizado o pagamento do imposto devido por antecipação parcial.

Embora o contribuinte não explicita no texto do Recurso Voluntário, compulsando os autos verifiquemos que o Fisco lançou, nos demonstrativos de fls. 14 e 442 débito no valor de R\$1.363,15 para a operação com a Nota Fiscal nº 19994 (fl. 105), mês de referência julho/2011, produto “bala mastigável” no valor total de R\$13.631,37, com crédito destacado na NF de R\$954,18, base de

cálculo de mesmo valor da citada nota fiscal, R\$13.631,37, cobrando assim a diferença lançada, que é o ICMS devido por antecipação parcial. O débito pela operação, lançado no Auto de Infração, é de R\$1.363,15.

Contudo em sede de Recurso Voluntário o contribuinte apresenta uma listagem de controle interno da empresa, à fl. 500 dos autos, na qual está citado o valor de NF de R\$13.631,37, emitida pela empresa Produtos Erlan, mês de referência julho/2011. Nesta listagem está destacado o valor de ICMS devido por antecipação parcial, por esta operação, de R\$408,94, e este valor foi tempestivamente recolhido pelo contribuinte, uma vez que o valor total de ICMS devido por antecipação parcial a recolher, nesta listagem, é de R\$2.321,43, mesmo valor constante como recolhido na listagem de DAEs de fl. 501. Assim, o contribuinte comprova o pagamento de parte do imposto lançado, restando o débito, por esta operação, de R\$954,21.

Voto pela modificação da Decisão recorrida, em função dos novos documentos apresentados em sede de Recurso Voluntário, para que a Infração 3 seja julgada parcialmente procedente no valor histórico total de ICMS de R\$63.646,89, devendo ser modificados, do demonstrativo de débito constante do voto da Decisão *a quo*, o montante de ICMS referente ao mês de julho/2011, que deve ser reduzido de R\$8.543,75 para R\$8.134,81, do que resulta a redução do valor total da Infração 3 de R\$64.055,83 para R\$63.646,89.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, assim julgando PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, mas no valor histórico total de R\$66.706,25, restando inalterados os demais valores julgados em Primeira Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298576.0003/13-8**, lavrado contra **LÍVIA OLIVEIRA CARNEIRO CARDOSO (MERCANTIL CARNEIRO) - ME**, no valor de imposto de **R\$66.552,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”; da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$153,60**, prevista no inciso XI, do citado dispositivo regulamentar, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos e intimado o recorrente desta decisão e para efetuar o pagamento dos valores remanescentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS